

IESVS, MARIA, IOSEHP.

POR EL DEAN, Y CABILDO DE LA S. IGLESIA DE SEVILLA.

CONTRA DOÑA CATALINA GABIRIA.

En el pleyto de concurſo de Acreedores de D. Iuliana Pizarro, viuda de Gaſpar de Leon Garavito, que fue eſcriuano publico del numero de Seuilla, eſtâ viſto el articulo ſobre el fideicommiſſo de Gaſpar de Leon, de cuyo teſtamento la clauſula (que à de ſer el texto que decida eſte pleito) es forçoſo preceda no ſolo al diſcurſo de la defenſa, ſino a la propoſicion de la duda. Dize aſſi.

CLAVSVLA.

1 ITEM dexo, y nombro por heredera vni
uerſal de todos mis bienes, deudas, dere-
cho, y acciones q̃ me pertenecẽ, y de mi que-
daren, a la dicha D. Iuliana Pizarro mi
muger, para que los aya, è ſuceda en ellos li-
bremente en propriedad, y uſufructo, para
que los pueda vender, y enagenar, y donar,
diſponer dellos a ſu libre voluntad, en to-
do, en la parte que quiſiere ſin ninguna li-
mitacion. Y porque yo fio della, y del amor
que me tiene, que aunque le doy eſta plena
facultad, no los enagenarà todos, ſino que
dexarà a ſu hermana mi ſeñora D. Ana
Pizarro, que goze de los bienes que de ella,
y de mi quedaren, durante los dias de ſu vi
da, como heredera vniuerſal dellos; ſin que
por el dicho titulo de uſufructo, ſe le pueda
pedir fiança, ni impedir el vſo, ni enagena-
cion de los dichos bienes. Y por el conſiguien
te a la dicha ſeñora Doña Ana, por la ſatiſ
facion, y confiança que della tengo, le pido, y
ruego que dexe gozar de los dichos bienes, o
de los que quedaren de preſente, y ſuperabit
de mi herencia, y de la dicha D. Iuliana Pi

za-

zarro mi muger, a D. Luisa de Leon Garauito mi sobrina por su vida, y a falta de ella de todos los bienes que quedaren, como sea el oficio de Escriuano publico, con los cargos, y obligaciones que tuuiere, a el Dean, y Cabildo de sa Santa Iglesia de Seuilla mis señores, para que su Señoria, como un Potẽtado tan grande y generoso, que tantas mercedes y gracias me à hecho de perpetuarme sus negocios por mi vida, y de un sucessor, cõ los cien ducados, y cinquenta fanegas de trigo cada año, disponga del dicho oficio, y nombre personas benemeritas que le siruan en el a gusto, y voluntad de su Señoria, pues los negocios, y papeles suyos, requieren tener persona benemerita, y puesta por su voluntad para que lo sirua, y por el tiempo q̃ fuere la voluntad de su Señoria, dando por reconocimiento de sus derechos, y aprouechamientos, lo que su Señoria quisiere. Y esto lo haga despues de las vidas de las dichas tres herederas, porque mientras ellas viuieren auran de hazer la eleccion, y nombramiento de las personas que an de vsar el dicho oficio. Y llegando el caso que los dichos Señores Dean y Cabildo ayan de ad-

mi-

ministrar, serà en la forma que administran las demas sus rentas, para que el reciuo del aprouechamiento del dicho oficio lo conuierta en Capellanias, Dotes de donzezas, Redempcion *de Captiuos, en lo que desto fuere su Señoria seruido.*

2 Parece pues que tanto por algunas deudas de Gaspar de Leon, quanto por tributos que tomò D. Iuliana Pizarro, sobre el dicho oficio se formô este concurso, y estan los Acreedores graduados, y tambiē lo està en vltimo lugar el Conuento de Regina Angelorum, como heredero de doña Iuliana, respeto auer mandado la susodicha *que de su hazienda, y bienes que della quedassen*, se instituyesse vna Capellania en dicho Conuento.

3 Y respeto de auerse confirmado en vista la sentencia del Iuez ordinario, y ser exequible conforme a la ley Real, la segunda sentencia en pleytos de Acreedores, salio al pregon el oficio de escriuano publico, y se vendiô a D. Catalina Gauitia, i aunque se aprobò el remate, todo este *juyzio* se litigò sin conocimiento de la principal question del negocio, que es la del fideicommisso, y sin citacion de la parte mas formal, que indubitablemente lo es el Cabildo.

4 Por lo qual, sin embargo de que se opuso la excepcion de cosa jusgada, por executoria se declarô deuerse oir al Cabildo en su pretencion. Y aunque auiendo salido sentencia de vista, en que se declaró no auer lugar lo que el Cabildo pedia, que se guardassen los Autos de remate del oficio, y su aprobacion, y pretendi-

do D Catalina Gabiria, que estaua ya el pleyto acaua do, y que no avia de responder a suplicacion de sentẽcia de reuista: sin embargo se mandò que respondiesse derechamente, porque claro es que si estaua mandado oir al Cabildo, no auia de quitarsele en esta Audiencia la segunda instancia, y grado de suplicacion.

5 El Cabildo à reducido oy su pretension a un intẽto justissimo, y al parecer inegable, porq̃ del mesmo modo que se le concede la essencia del fideicommisso, aunque qualificado con la facultad que tuvo para enagenar los bienes de su marido doña Iuliana Pizarro, assi se deue deferir el allanamiento que haze de recebir el oficio de escribano publico, con todas las cargas conque le dexô Gaspar de Leon, y tributos que sobre el impuso D. Iuliana Pizarro.

6 Esta pretencion en nada perjudica a los Acreedores, porque si quisieren que sus tributos se queden en el oficio, como estan, los reconocera el Cabildo; si les pareciere receuir sus principales, el Cabildo se los redimira: conque no pueden pretender mas, ni sacar de este pleyto mejor despacho. El fideicommisso se cumple, porqué al fin de lo que quitadas essas cargas sobrare en el oficio, se cumplira la voluntad de Gaspar de Leon. Consigue el Cabildo el legado que le dexó el susodicho, q̃ se reduce a la eleccion, y nombramiento de Escriuano, en que vendra a tener el vtil del buẽ cobro, custodia, y seguridad de sus papeles.

7 Conque este informe solo se dirige *contra D. Catalina Gabiria*, cuyo interesse no es mas que auer de emplear su dinero en otra cosa. Y por tan corta conueniencia no es razon se falte a la execucion de la voluntad pia de Gaspar de Leon, que tendra cumplidissimo exi

to

to con el allanamiento del Cabildo.

Discurriendo pues legalmente en comprobacion del intento, es de aduertir, que en la clausula q̃ queda escrita del testamento de Gaspar de Leon, se expressa el fideicomisso *minus peritè minus vè legitimè, vt potè sine vllo iurisperito.* quod & alteri apud Scæuolam, *in l. Lucius Titius 88. alias l. in codicillis. pen. §. Lucius Titius ff. de leg. 2.* esta clausula pues se deue percebir toda y de toda ella se tomará inteligencia ciuil de la voluntad del Testador, *arg. l. fin. ibi. coniuncta scriptura ff. de reb. dub. l. Meuia 44. ibi, Contextu verborum totius scripturæ ff. de manū test.* y es mexor texto *in l. si servus plurium 50. in fin ff. de leg 1. ibi: earum quæ præcedunt, vel quæ sequuntur summarum scripta sunt spectanda,* Palabras que denotan como se à de ajustar el discurso en la intelligencia de las voluntades vltimas.

Y esto con la aduertencia de que *in l. quisquis 116. ff. de verb. sig.* està condenada la sentencia de Labeon, *qui verborum figuram sequebatur.* Y admitida la de Proculo que solo atendia a la mente del testador, la qual solo se guarda en los fideicommissos, *l. pen. ff. de leg 1.* Y en esto es celebre la respuesta de Papiniano, *in l. cum proponebatur 64 ff. de leg 2.* que dixo, *etenim in causa fideicommisi, vt cumque precaria voluntas quæreretur, coniectura potuit admitti.* y aun faltando las palabras que inducē fideicommisso, si este se puede arguir de la disposiciō por el se deue responder, que esto lo atribuyo Papiniano *in l. vnum ex familia 67. §. fin. ff. de leg. 2.* no menos a la prouidencia del Principe, que a su religion en el derecho *qui cum fideicommissi verba cessare animaduerteret, eum sermonem pro fideicommisso rescripsit accipiendum* y la clausula del testador en aquel texto era muy pareci-

recida a la de Gaspar de Leon; *cauerat etenim testador; nō dubitare se quodcumque uxor eius capisset liberis suis reddituram*. palabras que conuienen con las de Gaspar de Leon: *porque yo fio della*, &c. *Nec verba spectantur senatus consulti sed sententia quuibuscumque verbis; dum testator senserit vt hereditas sua restituatur*. ait Paulus I.C. *in l. vbi purè* 19 §. 1. *ff. ad Treb.* y el sentir del testador, o querer que su herencia venga, o se restituya a otro por qualquier palabra de ruego, de desseo, de satisfaciō, se prueva bastantemente, *l. & eo modo* 118. *ff. de leg.* 1.

Y aunque Antonio Fabio, assi en las conjeturas

10 como en los errores, en varios lugares donde le cita Osualdo, *in Donel comment. lib* 8 *cap.* 3 *lit. B.* quiso fūdar que el fideicommisso auia de constar de palabras solemnes, le refuta muy bien Osualdo, con algunos de los textos alegados, y especialmente con el texto, *in l. Panphilo* 39 §. 1. *princ. ff. de leg.* 3. en cuyos terminos la clausula fue como la nuestra; *Scio omnia quæ tibi Panphile relinquo ad filios meos peruentura, cum affectionem tuā circa eos benè perpectam habeam*. Por cuyo tenor se pueden parafrazear las palabras de Gaspar de Leon, en la satisfacion que tuvo de su muger, de que no enagenaria todos sus bienes, y de que los que quedassen, como fuesse el oficio de escriuano publico, auia de ser para el Cabildo, por las obligaciones que refiere, y reconoce, que esto solo induxo fideicommisso en la especie del texto *in l. Paulus* 39, §. 1. *ff. de fideicomm. libert.* ibi: *crede mihi Zoile gratias sibi refferet filius meus Martialis, immo non tibi solum, sed. & filijs tuis*. y resuelue el consulto, que en estas palabras se manifiesta, y prueua plena volontad del difunto, *circa benefaciendum coniunctis personis Zoilum*, y que esta voluntad de-

ue seguir el juez. Y aun como se dize *in d. l. Pamphilo, in fine principij*, fuera inhumanidad que D. Iuliana Pizarro engañara al marido, y la confianza deste padeciera decepcion. Que por esto con autoridades muy buenas defendio Menochio otro fideicommisso, *cons.* 1135. donde, *ex num.* 16. funda que semejãtes palabras hazen a esta muger heredera fiduciaria, maximé, si el fideicommisso (dize num. 22.) es como en nuestro caso para capellania, o animaduersario, a cuya obra, y otras pias, se inclina en la clausula el dicho Gaspar de Leon.

11 Y quando no estuvieran las palabras de la clausula tan claras, ni fueran tan corrientes los fundamentos alegados, qualquiera duda debe ceder al valor del fideicommisso, que es mas seguro se sustente aun en duda, que el que con la mesma se falte a el. *Nè exerci dad fideicommissum*, ait Vlpian, *in l. Cogi.* 16. *in fin. principij ad Trebel.* quocum, & alijs iuribus, & auctoritatibus, doctè comprobat D. Larrea, *decis. Gran.* 1, *tom. decis.* 40 *num* 52.

12 De suerte que este Fideicommisso en quanto a la qualidad es inegable, por lo que está alegado, vendra a ser segundo discurso en quanto a la quantidad de que a de constar el fideicommisso. Y ya con el allanamiento del Cabildo, cessa lo que pretendia en la instancia pasada, que era negar absolutamente que huviesse podido D. Iuliana Pizarro enagenar los bienes, o atributarlos, porque aunque le diesse facultad en la clausula, en ella mesma se la limitaba con el fideicommisso, porque la defenza que oy se haze mediante el dicho allanamiento, supone virtualmente, q̃ pudo disponer en vida D. Iuliana Pizarro.

13 Y no por esto estámos en los terminos del text. *in l.Titius 54.ff.ad Treb.* porque en el disputa, y resuelue Papiniano la duda en el fideicommisso, *de eo quod ex hæreditate super fuerit*, cerca de la cantidad que puede enagenar el heredero. Porque parecia que lo podia enagenar todo, y que si nada quedasse se reducia a nada el fideicommisso, porque la clausula *de los demas bienes que quedaren* se euacua, no quedando bienes, *arg. l. item quod Sabinus 17.§. sed si asse ff. de her. inst.* ibi: *Quoniã cum nihil reliquum est, ex nulla parte heres istitutus est.* Con todo esso no se compadecia con la equidad que se deue obseruar en los fideicommissos, que los desta forma se perdiessen totalmente por la facultad de enagenar dada al heredero. Y assi esta quiso Diuo Marco (vt Papinianus refert) que quedasse expuesta a arbitrio de buen varon. Y Justiniano penso que la questiõ estaua toda via sub ænigmate *in auth. de rest. §. nos igitur collect. 8.* de donde se sacó el authentico *contra cum rogatus C. ad Trebel.* cuya decission es que el heredero por lo menos aya de dexar la quarta parte al fideicõmissario. No estamos (dixe) en estos terminos, porq́ ya le permitimos a D. Iuliana, que es la heredera de Gaspar de Leon, que pudiesse enagenar, o attributar todo lo que en su vida adeudô.

14 Vendra pues a ser la question proprissima del pleyto, Vtrum precediendo la facultad *de enagenar, vender, donar, y disponer*, &c. y sucediendo la forma del fideicommisso, *de los bienes que quedaren y superabit de mi herencia, &c.* Rursus, *de todos los bienes que quedaren, como sea el oficio de escriuano publico, con los cargos, y obligaciones que tuviere*, que son las palabras de Gaspar de Leon. Se cumple con recebir el dicho óficio, con las cargas

y obli

y obligaciones que tiene, que son las dichas deudas, y tributos, que auia dexado el testador, e impuesto despues la heredera? o si tambien se avra de cumplir en el valor del dicho oficio el testamento de la dicha D. Iuliana, que es la capellania que dexô por su heredera fundada en el Conuento de Regina Angelorum. Y esta duda tendria estado, si expressamente huviera dispuesto D. Iuliana que fundaua la capellania sobre el oficio, pero como se refiere *arriba, n.2.* no la instituye del oficio, ni de bienes de Gaspar de Leon, sino de sus bienes, y de su hazienda de dicha D. Iuliana, de quien no era el oficio, respuesta que daua Peregrino, *cons. 45. n. 3. vol. 4.* a un autoridad contraria, diziendo; *item termini sui sunt diversi: nam præsupponit clarettam illam specialiter in suo testamento disposuisse de illis bonis*-porque no auiendo dispuesto dellos, ni vsado de la facultad cessa la razon de dudar.

15 Pero sin embargo tratesse la question en los terminos mas rigorosos que son, si teniendo D. Iuliana Pizarro la facultad que tuvo, esta se á de entender para disponer en vida, no empero, para que en testamento pudiesse disponer? Y en la question simple, *Vtrum concessa facultas alienandi, & intelligatur non solum in vita, sed in morte?* Ay mucho escrito, y dos communes encontradas, y nada dello pertinente al caso; cuya hypothecis es, si dada la facultad plenissima como aqui se dio, y hecho fideicommisso de lo que quedasse de la herencia de Gaspar de Leon, si esto que quedò aya de estar sugeto a la disposicion testamentaria de la heredera? Duda que con eminência la resuelue Peregrino en dos lugares. Primò *in tract. de fideicommissis, art. 40. n. 44.* donde defendio la resolucion que en esta

duda

duda nos dexò Bartulo, *conſ.72.Iterum*, & copioſius Peregrinus *d.conſ.45.vol.4.* que es mejor lugar que he viſto para el caſo, porque la clauſula que ſe conſultó era tambien de vn marido que auia querido honrar a ſu muger, y dexarle todos ſus bienes con pleniſſima facultad de diſponer, diſtraer, enagenar, &c, *& eius voluntas fuit* (ait Pereg.) *præhonorare vxorem ſuam nepoti, ſic vt poſſit vxor ſua poſſit vendere, alienare, & quoquo titulo diſtrahere de rebus hereditarijs ad ſui beneplacitum: poſt verò eius mortem in rebus, quæ ſupererunt, voluit prehonorare nepotem heredibus vxoris.* Y reduce con eminencia a vna competencia muy deſigual eſte Autor las dos diſpoſiciones, porque ſi la voluntad de Gaſpar de Leon fue que de los bienes que quedaſſen de ſu herencia deſpues de muertas ſu muger, y cuñada, y ſobrina, conſtaſſe el fideicommiſſo, y huvieſſe de preualecer la diſpoſicion de D. Iuliana, a la de Gaſpar de Leon, totalmente ſe contravendria a la voluntad deſte, *Modò* (inquit) *ſi vxor ipſa poſſet teſtando propinquiores ſuos heredes inſtituendo ſecludere nepotem a beneficio fideicommiſſi heredes vxoris remanerent præhonorati contra teſtatoris intentionem, Quod minimè dicendum.*

16 Y para eſte fundamento ſe haze mayor ponderacion en la clauſula, porque ſi dieramos que en virtud de la facultad paſaban los bienes que quedaſſen de Gaſpar de Leon, por muerte de D. Iuliana Pizarro a ſus herederos, dieramos que podia la ſuſodicha preuertir tambien el fideicommiſſo de la cuñada, y ſobrina, porque cada vna deſtas en ſu caſo fue fideicommiſſaria, como lo es en el ſuyo el Cabildo, porque da da plena plena facultad a D. Iuliana, añadio, que conſiaua della dexaria los bienes a Doña Ana Pizarro ſu her-

hermana, y luego dixo: *que le pedia y rogaua que dexasse gozar de los dichos bienes, o de los que quedaren de presente, y superabit de su herencia a la sobrina.* palabras que sin disputa inducen verdadero fideicommisso, en cuyo perjuyzio no pudiera D. Iuliana testar contra estas fideicommissarias, y menos contra el Cabildo, cuyo fideicommisso tiene mas razon de sustentarse por ser para obras pias, y por la memoria del testador, sic ex Modestino, *in l. legatum 16. ff. de vsu. & vsufr. leg.* donde en el legado a la ciudad por conseruacion de la memoria del difunto, si el efecto para que le dexò no se puede vsar en la ciudad, no se caduca este legado, antes dize el Consulto: *iniquum esse hanc quantitatem, quam in spectaculum deffunctus destinauerit lucro heredum cedere.*

17 Y assi se abra de commutar en otra obra mas proporcionada, *vt memoria testatoris alio, & licito genere celebretur.* Pues si aun disponiendo mal el testador se commuta su voluntad, porque su memoria no peresca, quanto mas en la competencia de su voluntad, expressa de dexar al Cabildo el oficio para las obras pias q̃ señala, con la voluntad de su heredera, se abrà de pronunciar por la memoria de aquello a que el principal intento atendio, que quadran a este intento las palabras del texto, *in l. fideicommissa 11. §. interdum ff. de leg. 3* ibi: *multum autem interesse arbitror, cui voluit prospectum, cuiusque contemplatione testator fecerit.* Y para conocer a q̃ atendio Gaspar de Leon, no es menester mas diligencia que leer sus palabras, en que con tantas reconoce las obligaciones que tiene al Cabildo, y manifiesta su voluntad en dexarle el dicho oficio para las dichas obras pias.

18 Y assi quanto quier la facultad de disponer estè cõ-

cedida, esta se entiende inter viuos, porque aunque el que testa dispone en su vida es para despues de muerto, y quando muere es cierto que dexa tales bienes, q̃ son los que afecta el fideicommisso. Optime Tiber. Decian. *resp. 78 n. 47. vol. 3.* donde defendiendo lo cõtrario responde al argumento de los textos, *in d. l. Totius, & d. auth. contra cum rogatus*, que hablan en diuerso caso del suyo, *Nam ibi (ait) rogatus erat heres restituere quidquid ex hereditate superfuerit tempore mortis suæ. Quidquid ergo inter viuos non alienauit, tempore mortis apparet quòd superfuit; ergò nil mirum si non potest in morte disponere. Nam licet testando disponeret in vita, tamen illa dispositio, & alienatio non sortitur effectum, nisi post mortem, vt not. in l. illa institutio, ff. de her. inst. ergò verum est dicere, quod tempore mortis supersunt illa bona, nil mirum ergò si subiacent fideicommisso* Y finalmẽte en terminos de fideicommisso, precediendo facultad plenissima de disponer, pero diziendo que conste de los bienes que quedaren por muerte del heredero, son muchos mas Autores los q̃ defienden el fideicommisso, vt videre est apud Vincẽt. Fusar. *cons. 133. n. 6.* & melius disputat ipse, *tract. de substitut. q. 545. n. 42. & q. 549. n. 10.*

19 Y aun en ambas opiniones se suponen terminos de disposicion de los bienes, y aqui no la ay, porq̃ doña Iuliana Pizarro no fundô la Capellania en el Cõuento de Regina, sino de sus mismos bienes, y de su mesma hazienda la haze heredera, conque no parece dexar razon a la duda, pues falta la disposicion de los bienes sujetos al fideicommisso, que deue subsistir en los que an quedado. Y sobre todo que el legado al Cabildo para la eleccion de persona que vse el oficio no se á caducado, ni puede perecer. Y que reduci

ducida la mãteria a las dos voluntades, aun aviendo la expressa de D. Iuliana de disponer de este oficio, no deue vencer a la de Gaspar de Leon, de quien fue el oficio, y en que deue subsistir el fideicommisso, y obseruarse su voluntad. Saluo en todo el doctissimo sentir de V. S.

Lic. D. Francisco Ortiz de Godoy.